

ÍNDICE

	Pág.
ESTUDIO INTRODUCTORIO	13
AGRADECIMIENTOS	27
INTRODUCCIÓN: LA PARADOJA DE NUESTRA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL	31
CAPÍTULO I. TEORÍAS DE NUESTRA PRÁCTICA CONS- TITUCIONAL	41
1. Qué podemos esperar de una teoría de nuestra práctica cons- titucional.....	41
2. Teorías de agencia y teorías de colaboración sobre la prác- tica constitucional.....	43
3. La agencia pura: el originalismo	44
4. La agencia moderada: las teorías «reticentes»	45
5. La colaboración pura: las teorías basadas en la justicia.....	46
6. La colaboración moderada: teorías democraticistas	48
7. Un espectro de teorías	49
8. ¿Somos todos partidarios de teorías basadas en la justicia?.	50
9. ¿Somos todos partidarios de las teorías de agencia?.....	52
10. De vuelta al núcleo de la cuestión	54
CAPÍTULO II. LOS JUECES COMO AGENTES DEL PASADO: EL ORIGINALISMO	55
1. Legislación	56
2. La Constitución	59
CAPÍTULO III. EL CONTEXTO HISTÓRICO DE LA RATI- FICACIÓN COMO COMPLEMENTO ORIGINALISTA DEL TEXTO	65

	Pág.
CAPÍTULO IV. TRES INTENTOS DE SALVACIÓN: DÉBIL, INTERMEDIO Y ROBUSTO	79
1. Una constitución originalista parsimoniosa.....	79
2. El originalismo modesto	81
3. Las teorías «reticentes»	83
CAPÍTULO V. INTRODUCCIÓN A LA IDEA DE COLABORACIÓN: LA TEORÍA SOBRE NUESTRA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL BASADA EN LA JUSTICIA	89
1. Defensa de la teoría basada en la justicia	89
2. Las virtudes estructurales del proceso judicial	91
3. El artículo V de la Constitución, la justicia y el poder constituyente	94
4. Los obstáculos conceptuales a la teoría basada en la justicia	95
4.1. El persistente déficit moral de nuestra doctrina constitucional	95
4.2. El estatus problemático del artículo V de la Constitución	99
4.3. Democracia	100
CAPÍTULO VI. LA DELGADEZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA TESIS DE LA INFRA-APLICACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN	101
1. El déficit moral del derecho constitucional	101
2. La distinción entre la Constitución y su aplicación judicial ...	103
CAPÍTULO VII. LA RELEVANCIA CONCEPTUAL DE LA TESIS DE LA INFRA-APLICACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN	109
1. La tesis de la infra-aplicación y el derecho a un bienestar mínimo	110
2. La infra-aplicación judicial y el poder legislativo	117
2.1. El caso <i>Jones v. Alfred</i> y la infra-aplicación judicial de la Constitución en cuanto a los remedios	119
2.2. La Sección 5 y la infra-aplicación judicial de la Constitución en cuanto a los remedios	123
2.3. La Sección 5 y la infra-aplicación sustantiva	127
2.4. Posdata	136
3. La revisión de los términos del discurso constitucional	138

	Pág.
CAPÍTULO VIII. EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL	141
1. La permanente necesidad de límites	141
2. Los modelos democraticistas y el ámbito de la justicia constitucional	144
3. Las cargas que lleva aparejada la pertenencia a una comunidad política	148
4. El ámbito de la justicia constitucional y nuestra tradición constitucional	161
 CAPÍTULO IX. LA LÓGICA DE LA GÉNESIS DE UNA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA	 169
1. La génesis de la Constitución	169
2. Las lecciones derivadas de la génesis constitucional	172
3. Reforma constitucional y cambio	176
4. El establecimiento inicial de las reglas de votación	178
5. El proceso de constitución de «el pueblo»	181
6. ¿Un cambio de reglas?	186
7. El artículo V y «el pueblo»	188
8. La Constitución democráticamente deficiente: las respuestas a la crisis	191
9. De nuevo sobre la paradoja de la génesis de la Constitución	194
 CAPÍTULO X. LA DEMOCRACIA Y LA CONSTITUCIÓN BASADA EN LA JUSTICIA	 197
1. El escepticismo hacia los jueces	198
2. Restricción democrática e integridad deliberativa	208
3. El artículo V, la rigidez constitucional y la democracia	214
4. La tesis instrumental a favor de la participación electoral ...	218
 CONCLUSIÓN	 221
BIBLIOGRAFÍA	225

ESTUDIO INTRODUCTORIO

Es para mí un gran honor escribir este breve estudio, para presentar al lector de habla española el libro de Lawrence SAGER, *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. SAGER es un reputado constitucionalista estadounidense que inició su carrera docente en 1966 en la facultad de derecho de la *University of California at Los Angeles*, pasando luego a enseñar en la *New York University* (desde 1972 hasta 2002). El enorme prestigio que ha adquirido esta universidad, tanto en teoría del derecho como en teoría constitucional, se debe, sin duda, a la gran aportación del profesor SAGER. Por el seminario que dirigió en Nueva York pasaron los mejores constitucionalistas del país, cuyas ideas y propuestas fueron rigurosamente analizadas y sometidas a debate. Desde el año 2002 es profesor en la *University of Texas at Austin*, donde recientemente, en el mes de mayo de 2006, ha sido nombrado decano.

La obra que ahora se presenta al lector, y cuya versión original en inglés se publicó en el año 2004, supone la culminación de un largo proceso de maduración de ideas por parte del profesor SAGER, en torno a la justificación del papel de los jueces en el sistema constitucional de los Estados Unidos. En efecto, desde que en el año 1978 apareció publicado, en el número 91 de la *Harvard Law Review*, su importante artículo «Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms», SAGER ha ido exponiendo en varios trabajos sus principales tesis acerca de cuestiones básicas a las que debe hacer frente una teoría completa de la justicia constitucional. Lo que hace ahora en este libro es integrar todas esas piezas en un todo coherente.

Como es sabido, existe en los Estados Unidos un intenso debate, rico en matices y nunca cerrado, acerca de la razón de ser de la supremacía constitucional en materia de derechos, y acerca de la legitimidad del papel de los jueces como intérpretes de esos derechos frente a las decisiones adoptadas por las autoridades políticas, entre ellas el legislador democrático. Desde que, en la época moderna, Alexander BICKEL hablara de la «dificultad contra-mayoritaria», para expresar la objeción democrática en contra del control judicial de constitucionalidad de la ley, son muchos los autores que tratan de ofrecer teorías para justificar y reforzar esta institución frente al embate democrático¹. Entre las muchas obras y artículos que se han escrito en el contexto de este debate, van despuntando una serie de autores (así, Alexander BICKEL, John ELY, Robert BORK, Ronald DWORKIN, Bruce ACKERMAN), en torno a los cuales se pueden agrupar las grandes líneas de pensamiento. No hay duda de que dentro de este canon hay que incluir la obra de SAGER².

El libro, como se comprueba fácilmente, no es de una gran extensión. A primera vista, puede parecer extraño que una obra de relativa brevedad pretenda ofrecer una teoría más o menos completa acerca de la práctica constitucional de los Estados Unidos. Sin embargo, es difícil encontrar en la bibliografía constitucional norteamericana una obra tan exhaustiva desde la perspectiva teórica. Y es que el autor se enfrenta directamente a las grandes cuestiones, presenta los modelos fundamentales a partir de los cuales cabe ofrecer respuestas a las mismas, analiza con rigor intelectual las redes de argumentos y contra-argumentos que se asocian a cada modelo, y defiende finalmente una determinada propuesta. A lo largo de su exposición, SAGER comenta críticamente las tesis de diversos autores, y utiliza casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos para anclar la discusión teórica. En este sentido, los diversos modelos que SAGER presenta para organizar la discusión no son artificiales, sino que captan de manera ade-

¹ La expresión de Bickel aparece en BICKEL, 1962: 16.

² En España, la reflexión de los juristas acerca de estos problemas no ha sido tan profunda, y ha tenido como referencia el debate norteamericano. La obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, ya dio unas primeras pistas acerca de la relevancia de la controversia americana acerca del papel de los jueces y sus interpretaciones en una democracia constitucional. Una exposición de doctrinas americanas la ofreció también el libro de la misma época de ALONSO GARCÍA, 1984, así como el artículo de BAYÓN, 1985. De la concreta controversia acerca del originalismo en la doctrina americana se han ocupado monográficamente varios autores, entre los que destacan BELTRÁN DE FELIPE, 1989, y DE LORA DELTORO, 1998. Entre las obras que tratan de manera directa la cuestión de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad de la ley, cabe mencionar: GARGARELLA, 1996; FERRERES COMELLA, 1997; y, más recientemente, AHUMADA RUIZ, 2005. En general, los filósofos del Derecho se han ocupado de esta problemática con mayor atención que los constitucionalistas. Una excelente y actualizada presentación del problema y de las tesis en liza, con una buena crítica de las teorías favorables al control de constitucionalidad, se puede encontrar en el artículo de BAYÓN, 2004: 67-138. Para una visión filosófica general de los problemas que plantea la interpretación constitucional, véase MORESO, 1997.

cuada las principales tesis que han sido efectivamente propugnadas por diversos constitucionalistas, y cuya relevancia práctica, a los efectos de resolver de un modo u otro los casos que llegan a los tribunales de justicia de los Estados Unidos, es indudable. Pero SAGER no se pierde nunca en detalles secundarios. Su ambición es exponer con la máxima claridad el panorama de posibilidades teóricas, y examinar con profundidad las razones que cabe aducir a favor y en contra de cada una de ellas.

Como deja claro desde el primer capítulo, SAGER desea articular y defender una determinada manera de entender la práctica constitucional de su país, los Estados Unidos. Su pretensión es iluminar esta práctica: mostrar por qué es valiosa, por qué puede ser defendida frente a posibles objeciones, y qué reformas habría que introducir para maximizar su atractivo normativo. La teoría de SAGER hay que contextualizarla, pues, dentro de la práctica y el debate norteamericanos. Pero, como indica el propio autor, las razones últimas en las que basa su teoría pueden extenderse a otros países, en el sentido de que pueden justificar la introducción en ellos de un esquema constitucional parecido al de los Estados Unidos, con las necesarias modificaciones y correcciones para adaptarse a tradiciones y circunstancias distintas. El autor insiste en que quiere ser modesto en este punto, y remite implícitamente al lector no estadounidense para que sea éste quien juzgue qué grado de utilidad puede tener su teoría a la hora de iluminar y mejorar la práctica constitucional de otros países.

En las primeras páginas, SAGER anuncia ya cuál es el modelo que va a defender y desarrollar: un modelo de la práctica constitucional que ve en ésta un medio para identificar y satisfacer los principios fundamentales de justicia. Para situar su propuesta dentro del debate constitucional norteamericano, SAGER agrupa las teorías alternativas en torno a una serie de modelos, los cuales se construyen a partir de determinadas preguntas.

Así, existe una primera gran cuestión que hay que afrontar: ¿deseamos que los tribunales se limiten a hacer efectivos los juicios normativos expresados por otros (el constituyente, el legislador) o, por el contrario, deseamos que recurran a sus propios juicios normativos acerca del contenido y alcance de los principios fundamentales de justicia? Esta pregunta da lugar a dos grandes modelos: quienes prefieren la primera alternativa abogan por lo que SAGER llama un modelo de «agencia» (pues los jueces aparecen como agentes o custodios de la voluntad de las autoridades políticas), mientras que los partidarios de la segunda alternativa se inscriben en el modelo de «colaboración» (pues los jueces no son meros agentes de las autoridades políticas, sino que aportan sus propios juicios normativos, colaborando así con aquéllas en una empresa común enderezada a lograr satisfacer los principios fundamentales de justicia). Existe un tercer modelo,

que SAGER juzga hasta cierto punto artificial (en el sentido de que no cree que haya alguien que lo defienda en serio): el modelo de «guarda o tutela», en el marco del cual los jueces harían efectivos sus juicios normativos de manera totalmente desvinculada de las autoridades políticas. Así, por ejemplo, el texto de la Constitución no supondría limitación alguna para los tribunales.

A su vez, los dos grandes modelos de «agencia» y de «colaboración» se subdividen internamente, en función de nuevas preguntas.

Con respecto al modelo de agencia, la pregunta es qué hacer con la presencia en la Constitución de cláusulas que expresan principios morales en términos abstractos (libertad religiosa, igualdad, debido proceso, etc.). Una posibilidad la ofrece el originalismo: hay que neutralizar esas cláusulas abstractas apelando a las intenciones más específicas que tuvieron los constituyentes. La otra posibilidad, que SAGER denomina «teoría reticente», consiste en admitir que es inevitable que, en esos casos, los tribunales tengan que recurrir a sus propios juicios normativos para poder atribuir contenido concreto a los principios morales abstractos. Pero la teoría reticente no celebra este resultado.

SAGER rechaza el modelo de agencia, y ofrece buenas razones, a lo largo de los capítulos II, III y IV para justificar su posición. Como es natural, SAGER tiene que dedicar considerable atención a las teorías originalistas, dado el enorme impacto que han tenido en los Estados Unidos entre los partidarios de una Corte Suprema menos activista (y más conservadora). Para el lector familiarizado con este debate, no sorprenderá que SAGER utilice ciertos argumentos para hacer frente al desafío originalista. Así, por ejemplo, nuestro autor se inspira en la distinción dworkiniana entre concepto y concepción para explicar por qué la fidelidad a la Constitución exige que los jueces recurran a juicios normativos propios, independientes de los juicios de los constituyentes acerca de cómo interpretar y aplicar los principios morales enunciados en el texto constitucional. Quizás en esta parte del libro el lector no encontrará grandes novedades teóricas. Aun así, SAGER enriquece este rincón del debate americano, aclarando ciertos puntos, ampliando los argumentos, y proyectándolos a nuevos territorios, para hacer frente a diversos autores que han ofrecido versiones más sofisticadas del originalismo o de teorías próximas en espíritu a los postulados de éste.

Rechazado, pues, el modelo de «agencia», SAGER examina el modelo de «colaboración». También aquí caben dos versiones distintas. La pregunta que provoca esta subdivisión interna es la relativa al ámbito de principios de justicia de los que se deben ocupar los tribunales al interpretar y hacer efectiva la Constitución. Para las teorías «democraticistas», los tri-

bunales deben limitarse a salvaguardar y mejorar las condiciones que hacen que el sistema político se pueda calificar de democrático. Para otras teorías, en cambio, esta limitación no está justificada. Al interpretar y aplicar la Constitución, los tribunales tienen que proteger, no sólo los principios que forman parte del ideal democrático, sino también principios externos a él.

SAGER apuesta por esta segunda versión. Los argumentos que ofrece para rechazar las tesis democraticistas son de gran interés. Hay que tener en cuenta que no sólo John ELY³, sino también Ronald DWORKIN⁴ puede ser clasificado dentro del modelo democraticista, pues también DWORKIN, según SAGER, incurre en un ejercicio de «judo conceptual», que consiste en tratar de dar respuesta a la objeción democrática en contra de la justicia constitucional a base de sostener que los jueces, al aplicar la Constitución, se limitan a proteger las «condiciones democráticas» que hacen legítimo el gobierno de la mayoría. SAGER muestra que esta pirueta no resuelve el problema.

Expuesto este panorama de teorías, SAGER puede presentar con claridad su propia postura, a favor de una teoría que da la bienvenida a los juicios normativos de los tribunales de justicia al interpretar y aplicar los principios morales enunciados en el texto constitucional, y que no circunscribe tales principios a la mera salvaguarda y promoción de las «condiciones democráticas» que dan legitimidad al régimen de mayorías. A partir de aquí, SAGER tiene que ir desarrollando y dando concreción a su teoría. En este punto, resulta crucial el capítulo V, pues en él pone encima de la mesa, con total honestidad, cuáles son los obstáculos con los que se enfrenta una teoría como la que propone. Primero, ¿por qué confiar en los juicios normativos de los tribunales? Segundo, ¿cómo explicar que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos se haya preocupado tan poco de hacer efectivas ciertas exigencias (como la erradicación de la pobreza, o la remoción de prejuicios arraigados contra determinados grupos sociales) que fácilmente se extraen de cualquier teoría plausible acerca de los principios fundamentales de justicia? Tercero, ¿en qué medida es aceptable una Constitución tan rígida como la de los Estados Unidos, cuyo artículo V establece un procedimiento de reforma constitucional tan gravoso que hace muy difícil introducir cambios políticos que pueden estar respaldados por una mayoría de ciudadanos? Cuarto, ¿cómo justificar el enorme papel de los jueces constitucionales en un sistema que pretende ser democrático? A partir del capítulo V, SAGER despliega todos sus argumentos para dar respuesta a estos interrogantes.

³ ELY, 1980.

⁴ DWORKIN, 1996: 15-26.

El primero de ellos recibe una respuesta inicial en el propio capítulo V, respuesta que es retomada en momentos posteriores. En síntesis, SAGER estima que los tribunales de justicia presentan dos rasgos que son muy valiosos a los efectos de la tarea de interpretar y hacer efectivos los principios fundamentales de justicia. En primer lugar, la especialización: los tribunales, a diferencia del legislador, centran su atención en esos principios. Al igual que el inspector que debe verificar la calidad de fabricación de los coches, los tribunales se preocupan de verificar que las decisiones políticas respeten determinados principios de justicia, cuyo valor y peso hay que asegurar por encima de otras consideraciones. En segundo lugar, los tribunales, en los países del *common law*, actúan dentro de una cultura fuertemente marcada por la ética del precedente. Los tribunales, cuando tratan de sentar reglas y doctrinas que den concreción a los principios constitucionales, se someten a un test de coherencia. Lo que digan hoy con respecto a un problema les vinculará mañana cuando se tengan que pronunciar sobre otras cuestiones. Los tribunales tienen que construir reglas y doctrinas que, aplicadas de manera coherente a una diversidad de casos, presentes y futuros, reales u imaginarios, generen decisiones aceptables. La doctrina del precedente obliga a los jueces a encontrar un punto de equilibrio entre sus intuiciones de justicia en casos concretos, por un lado, y los principios generales que permiten justificar las decisiones alcanzadas en los casos particulares, por el otro⁵.

Una pregunta interesante que el lector se puede formular, desde la perspectiva del derecho comparado, es la siguiente: ¿qué ventajas e inconvenientes tiene la opción europea a favor de un Tribunal Constitucional, en los países del *civil law*? A la vista del primer argumento de SAGER, el que apela a la especialización, parecería que un Tribunal Constitucional es más valioso que los tribunales de justicia de un sistema de control difuso como el de los Estados Unidos, pues mientras que éstos deben ocuparse de todas las cuestiones jurídicas que plantea un caso, los Tribunales Constitucionales se centran en los principios constitucionales. Desde el punto de vista de la especialización, el modelo kelseniano es superior. El segundo argu-

⁵ La práctica angloamericana del precedente no siempre es suficientemente bien entendida entre nosotros. Por ejemplo, no es raro sostener que, en los países del *common law*, los tribunales inferiores pueden desviarse con facilidad de los precedentes de los tribunales superiores, o que éstos apenas se encuentran ligados por sus propios precedentes. No es éste el lugar adecuado para examinar los orígenes de esta confusión. Baste señalar que la doctrina del precedente tiene mucha mayor fuerza. Los realistas americanos de los años 30 introdujeron un correctivo a las tesis formalistas entonces en boga. Pero lo que en Estados Unidos fue un mero correctivo, entre nosotros se ha convertido, o así parece, en la prueba inequívoca de que, en los Estados Unidos y en otros países del *common law*, los tribunales pueden hacer lo que quieran con los precedentes establecidos. Una buena introducción al sistema del precedente en los Estados Unidos se encuentra en el libro de MAGALONI KERPEL, 2001. Por mi parte, he intentado trazar algunas diferencias entre la doctrina del precedente y el valor de la jurisprudencia en los países de la Europa continental en el capítulo 9 de FERRERES COMELLA, 2002: 207-231.

mento de SAGER, en cambio, parecería apuntar a favor del modelo difuso, y en contra de la concentración del control de constitucionalidad en un Tribunal Constitucional. El modelo difuso sólo puede funcionar adecuadamente a través de una fuerte presencia de la lógica del precedente, lo que obliga a los jueces a buscar el equilibrio reflexivo entre las reglas y las decisiones particulares. Un Tribunal Constitucional, en cambio, en la medida en que enjuicie la ley en abstracto y tenga el monopolio de control, puede sentirse más liberado del deber de coherencia, pues no se tiene que preocupar acerca de qué consecuencias extraerán de su doctrina otros tribunales (los ordinarios), a los efectos de controlar futuras leyes. Quede simplemente planteado este interrogante.

El segundo gran reto que la teoría de SAGER tiene que afrontar es el de cómo explicar que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos no parezca ofrecer rastro alguno de una mínima preocupación por asegurar ciertos principios fundamentales de justicia cuya validez e importancia difícilmente se pueden excluir (como el derecho a un bienestar social mínimo, o la erradicación de prejuicios arraigados contra ciertas minorías raciales). Para dar respuesta a este problema, SAGER elabora y defiende un conjunto de tesis a lo largo de los capítulos VI, VII y VIII. Para entender esta parte de su teoría, es de capital importancia retener la distinción de SAGER entre tres círculos o ámbitos. El círculo mayor está definido por el conjunto de principios fundamentales de «justicia» que deben regir en una comunidad política. Dentro de este círculo mayor, existe un círculo más reducido, integrado por los principios «constitucionales» de justicia. Sólo una parte de los principios de justicia que deben regir la vida de una comunidad deben ser transformados en principios garantizados por la Constitución. Finalmente, existe un tercer círculo todavía más reducido: el formado por las normas constitucionales que resultan «plenamente aplicadas» por los tribunales de justicia. Pues, en efecto, no todos los principios garantizados por la Constitución son susceptibles de una tutela judicial que asegure su plena efectividad. Existen principios constitucionales que no son aplicados por los jueces, o que sólo lo son de manera marginal.

A mi juicio, uno de los méritos de SAGER es haber introducido en el discurso jurídico-constitucional la conciencia de la necesidad de diferenciar estas tres esferas. La distinción entre principios de justicia y principios constitucionales constituye un problema largamente debatido en el seno de la filosofía política. La obra del «segundo RAWLS», el RAWLS de *Political Liberalism*⁶, es un ejemplo de esta preocupación. El propio SAGER ha escrito interesantes comentarios a propósito de este aspecto de la refle-

⁶ RAWLS, 1993.

xión rawlsiana⁷. La propuesta de nuestro autor es, en síntesis, que la Constitución sólo debe proteger ciertos intereses básicos: igual pertenencia a la comunidad; gobierno procesalmente justo y abierto; oportunidad de prosperar; e independencia individual. Estos intereses se concretan en principios constitucionales que deben ser duraderos, sobrios y susceptibles de una aplicación relativamente clara. Es decir, deben ser relativamente categóricos, y no estar sujetos, por tanto, a una constante ponderación con otras consideraciones e intereses. Esta tesis, que SAGER expone y justifica a lo largo del capítulo VIII, es sumamente iluminadora. Es especialmente relevante para el debate acerca de la posibilidad y límites de la teoría de la ponderación en materia de derechos fundamentales. Aunque SAGER no lo explicita claramente en este libro, es obvio que no es muy amigo de la técnica judicial del *balancing*. Ciertamente, los preceptos constitucionales pueden tener que ceder, en casos extremos, frente a otras consideraciones e intereses, pero deben mantener un fuerte y amplio núcleo del que derivan reglas categóricas.

La otra distinción, entre principios constitucionales y principios susceptibles de aplicación judicial plena, es una de las grandes contribuciones de SAGER, desde que la expusiera en 1978 en su magistral artículo «Fair Measure», ya citado. El alcance conceptual de las normas constitucionales no es coextensivo con el alcance de la doctrina a través de la cual los jueces hacen efectivas esas normas. La razón de esta brecha entre la Constitución «en sí» y la Constitución «aplicada por los jueces» es de índole institucional: la plena efectividad de determinados preceptos constitucionales exige la intervención de las autoridades políticas, pues sólo ellas pueden asumir la responsabilidad de adoptar las estrategias sociales adecuadas para lograr la realización de tales preceptos. Esta distinción, que puede parecer obvia, tiene sin embargo importantes consecuencias a la hora de explicar la doctrina constitucional elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ocurre, en efecto, que ciertas decisiones de la Corte Suprema constituyen extrañas «anomalías», difíciles de explicar si uno ignora la distinción entre el alcance de la norma y el alcance de su aplicación judicial. Si esta distinción se tiene en mente, en cambio, esos casos aparentemente anómalos dejan de serlo. SAGER expone su tesis de la «infra-aplicación judicial» de la Constitución en el capítulo VI, y dedica el capítulo VII, mucho más extenso, a demostrar el rendimiento intelectual de esta tesis para resolver las aparentes anomalías de la doctrina jurisprudencial. Inevitablemente, el autor tiene que descender aquí al análisis detallado de los hechos de los casos que cita, y de los razonamientos empleados por la Corte. El lector que no esté familiarizado con la doctrina constitucional de los Estados Unidos puede encontrarse con cierta difi-

⁷ Así, SAGER, 2004 (Symposium: RAWLS and the Law).

cultad en algunos puntos del discurso de SAGER en este capítulo. La jurisprudencia norteamericana es famosa por su sofisticación doctrinal: existen una serie de tests y cánones de enjuiciamiento que establecen la necesaria mediación entre el texto constitucional y las decisiones alcanzadas en los casos concretos. Para poder apreciar plenamente la utilidad de la tesis de SAGER relativa a la infra-aplicación judicial, es necesario conocer mínimamente estas estructuras doctrinales, de cierta complejidad técnica. Si el lector se pierde en algún punto de este capítulo, no debe desanimarse, pues SAGER retomará su discurso más general de inmediato, en los capítulos VIII, IX y X. En todo caso, es comprensible que nuestro autor haya querido detenerse en el análisis de casos concretos para exhibir sus pruebas de que, en efecto, la tesis de la infra-aplicación tiene relevancia práctica para entender mejor (y, en su caso, criticar mejor) las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

El capítulo IX afronta el tercer problema anunciado por SAGER: cómo justificar la extraordinaria rigidez de la Constitución norteamericana. El artículo V, al exigir la aprobación de las enmiendas constitucionales por mayoría de 2/3 de ambas cámaras del Congreso y su ratificación por 3/4 de los Estados, hace muy difícil la reforma. SAGER elabora sus tesis, en gran medida, en el contexto de su crítica a la teoría de Bruce ACKERMAN⁸. Este profesor de Yale ha sostenido que es posible reformar la Constitución americana a través de un procedimiento distinto del previsto en el artículo V. Un movimiento político, respaldado por una mayoría suficiente de ciudadanos tras una intensa deliberación, puede crear nuevos principios constitucionales que impliquen una reforma de la Constitución vigente, sin utilizar la vía formal de una enmienda textual aprobada por el cauce previsto en el artículo V. SAGER se enfrenta, pues, a ACKERMAN, y lo hace a través de un largo y rico razonamiento en el que defiende las ventajas de la rigidez constitucional. Dos ideas sobresalen en este capítulo. En primer lugar, SAGER sostiene que la rigidez constitucional tiene un efecto beneficioso anticipado: quienes redactan una Constitución (o una reforma constitucional) van a actuar de mejor modo si saben que sus decisiones serán difíciles de revertir en el futuro. Concretamente, tenderán a formular principios que puedan ser aceptados por personas situadas en circunstancias diversas, pues no sólo su generación, sino también las generaciones posteriores (sus hijos y nietos) se verán afectadas por la misma, y lo serán en circunstancias diversas, difíciles de predecir. Es decir, la rigidez constitucional empuja a los constituyentes en una dirección favorable a la imparcialidad. En segundo lugar, SAGER expone buenos argumentos para sostener que la regla de la supermayoría puede estar justificada en ciertos

⁸ Las tesis ACKERMAN se recogen, sobre todo, en ACKERMAN, 1991.

contextos. Las ventajas asociadas a la regla de la mayoría simple pueden tener que ceder en favor de otras consideraciones.

Queda, por fin, el último gran problema, el de la compatibilidad entre la justicia constitucional y el principio democrático. SAGER trata este tema (en el capítulo X) en el contexto de su crítica a las tesis de Jeremy WALDRON, por un lado, y de Richard FALLON, por el otro. El primero ha irrumpido con fuerza en el debate americano acerca de la legitimidad de la justicia constitucional⁹. WALDRON entiende, en efecto, que no hay ninguna razón instrumental que permita sostener que los jueces acertarán más veces que los legisladores a la hora de identificar y aplicar los principios fundamentales de justicia política; y que, en consecuencia, debemos preferir el procedimiento que sea más valioso por razones intrínsecas. Ese procedimiento es el de la decisión mayoritaria adoptada por los ciudadanos o sus representantes parlamentarios. La regla de la mayoría, en efecto, es la que mejor respeta el derecho a la igualdad en el plano político.

SAGER elabora un interesante argumento para socavar la fuerza de la objeción de WALDRON. Según SAGER, existen dos modalidades de participación de los ciudadanos en el proceso de discusión acerca de los derechos fundamentales: la electoral y la deliberativa. Un país que incluya entre sus instituciones de gobierno un mecanismo de justicia constitucional se basa en una concepción enriquecida de la igualdad, pues, al lado de los procesos electorales a través de los cuales los ciudadanos participan en la toma de decisiones acerca de los derechos, existe otro proceso, ante los tribunales, que ofrece la siguiente ventaja: promete a los ciudadanos que sus pretensiones de justicia en materia de derechos fundamentales serán examinadas con cuidado, y recibirán una respuesta motivada, a partir de un esquema de principios, con independencia del poder que les respalde. Aunque quien reclame pertenezca a una minoría poco popular, o sea un solo individuo, o no tenga mucho dinero o fuerza política en que apoyarse, tiene derecho a que su pretensión de justicia sea tratada con atención. Este aspecto de la lógica de la deliberación, la exigencia de dar respuesta con razones a las tesis y razones de los demás, se encuentra mejor institucionalizado en un tribunal de justicia que en una asamblea legislativa.

Por su parte, Richard FALLON¹⁰, sin llegar a cuestionar la legitimidad de la justicia constitucional, ha propuesto que los tribunales, al interpre-

⁹ La principal obra de WALDRON sobre este tema es WALDRON, 1999. En un artículo más reciente, posterior a la publicación del libro de SAGER, WALDRON retoma la cuestión de la legitimidad democrática de la justicia constitucional, clarificando su posición y dando respuesta a algunas de las críticas recibidas: WALDRON, 2006.

¹⁰ FALLON, 1997. Este artículo ha sido luego desarrollado en forma de libro: FALLON, 2001.

tar la Constitución a efectos de enjuiciar las decisiones de las autoridades políticas, deben tener en cuenta el grado de consenso o de disenso que exista en la sociedad en torno a la interpretación que pretenden establecer. SAGER tiene cosas interesantes que decir en respuesta a esta propuesta. En definitiva, estima que la integridad judicial resulta afectada si los tribunales incorporan el factor de la popularidad dentro de sus construcciones doctrinales. SAGER sugiere que, si hubiera que dar relevancia a este factor, es mucho más adecuado incorporarlo en el propio diseño del sistema de justicia constitucional, estableciendo mecanismos democráticos a través de los cuales las sentencias judiciales puedan ser neutralizadas. El derecho comparado ofrece varias alternativas, desde el mecanismo clásico de la reforma constitucional (cuya dificultad puede ser mayor o menor), hasta fórmulas más modernas, como la cláusula *non obstante* canadiense, o la declaración de incompatibilidad del actual derecho inglés, bajo la *Human Rights Act* de 1998. Este tipo de soluciones tiene la ventaja, según SAGER, de que no afectan a la integridad judicial. Es mejor que haya cauces para la respuesta política frente a las interpretaciones constitucionales de los tribunales, a que sean éstos los que integren directamente el factor de la popularidad en sus construcciones doctrinales.

Hasta aquí, brevemente expuestas, las principales cuestiones que SAGER examina en su libro. Un libro que, podríamos decir, está penetrado de un fuerte optimismo en la bondad del instituto del control de constitucionalidad de la ley, y de la versión norteamericana del mismo. En los últimos años, como consecuencia del giro conservador bajo la presidencia del juez William REHNQUIST (1986-2005), la Corte Suprema ha sido objeto de críticas por parte de los sectores progresistas de la academia¹¹. Uno de los méritos de SAGER es que mantiene sus tesis favorables al control de constitucionalidad por encima de los vaivenes ideológicos de la Corte. Como progresista, se lamenta por las decisiones de la Corte que, a su juicio, no interpretan correctamente los principios fundamentales de justicia. Pero mantiene sus razones básicas, expuestas en este libro, para confiar en el papel constitucional de los jueces. Esta actitud me parece digna de elogio, pues es demasiado frecuente entre los autores optar por una u otra teoría constitucional en función del dato contingente relativo a la composición ideológica de los tribunales y del contenido concreto de la jurisprudencia que establecen. Ciertamente, una teoría constitucional no puede ser indiferente a las tendencias ideológicas de largo alcance que acompañan a un determinado diseño constitucional, pero sí debe pretender validez por encima de los accidentes políticos más inmediatos.

¹¹ Quizás el libro más significativo, dentro de la nueva ola de críticas al control judicial desde el bando progresista, es el de TUSHNET, 1999.

De todos modos, SAGER no se resiste a mencionar una decisión de la Corte Suprema que, con razón, juzga de enorme importancia para reforzar su optimismo, desde un punto de vista progresista: la decisión en el caso *Lawrence v. Texas*¹², que protege, como parte del derecho a la privacidad, la libertad sexual entre personas del mismo sexo. SAGER llega a decir que cabe considerar que ésta es la decisión más importante de la Corte Suprema desde *Brown v. Board of Education*¹³, que puso fin al principio de segregación por razón de raza en las escuelas públicas. Si ello es así, los europeos tenemos una razón para estar satisfechos, pues en el caso *Lawrence*, por primera vez, la Corte Suprema cita jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para apoyar su nueva interpretación del derecho a la privacidad. A propósito de esta decisión (y otras parecidas) existe un debate abierto en los Estados Unidos, tanto entre la doctrina como en el interior de la propia Corte, acerca de la relevancia de los argumentos de derecho comparado para interpretar la Constitución de los Estados Unidos. SAGER se suma plenamente a quienes defienden la tesis afirmativa.

Y es que, en el ámbito de sociedades liberal-democráticas que tienen que hacer frente a problemas similares, es mucho lo que unas y otras pueden aprender de sus respectivas experiencias. De la misma manera que defiende la relevancia de los argumentos de derecho comparado en los Estados Unidos, SAGER cree que la experiencia norteamericana con la institución de la justicia constitucional tiene algo que enseñar a otros países. Por ello, trata de ofrecer la mejor versión de la práctica constitucional de los Estados Unidos, sin ocultar sus limitaciones y fallos. El lector tiene, pues, en sus manos, un magnífico libro que mueve a la reflexión acerca de las posibilidades y límites de la justicia constitucional.

Víctor FERRERES COMELLA
Universitat Pompeu Fabra

¹² 123 S. Ct. 2472 (2003).

¹³ 347 U.S. 483 (1954).

BIBLIOGRAFÍA

(Estudio introductorio)

- ACKERMAN, B., 1991: *We the People. Foundations*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- AHUMADA RUIZ, M., 2005: *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid: Civitas.
- ALONSO GARCÍA, E., 1984: *La interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BAYÓN, J. C., 1985: «El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)», *Revista de las Cortes Generales*, vol. 4: 137.
- 2004: «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», incluido en el libro colectivo *Constitución y derechos fundamentales*, 2004, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: 67-138.
- BELTRÁN DE FELIPE, M., 1989: *Originalismo e interpretación. Dworkin v. Bork: una polémica constitucional*, Madrid: Civitas.
- BICKEL, A., 1962: *The Least Dangerous Branch*, New Haven: Yale University Press.
- DE LORA DELTORO, P., 1998: *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la filosofía del Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DWORKIN, R., 1996: *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- ELY, J., 1980: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- FALLON, R., 1997: «Foreword: Implementing the Constitution», *Harvard Law Review*, vol. 111: 56.
- 2001: *Implementing the Constitution*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- FERRERES COMELLA, V., 1997: *Justicia constitucional y democracia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2002: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Madrid: Civitas.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1983: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas.
- GARGARELLA, R., 1996: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona: Ariel.
- MAGALONI KERPEL, A. L., 2001: *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid: McGrawHill.
- MORESO, J. J., 1997: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RAWLS, J., 1993: *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.
- SAGER, L., 2004: «The Why of Constitutional Essentials», *Fordham Law Review*, vol. 72 (Symposium: Rawls and the Law): 1421.
- TUSHNET, M., 1999: *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton: Princeton University Press.
- WALDRON, J., 1999: *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.
- 2006: «The Core Case Against Judicial Review», *Yale Law Journal*, vol. 115: 1346.

AGRADECIMIENTOS

Las ideas desarrolladas en este libro me han acompañado durante un largo período de tiempo. En el curso de su prolongada gestación, he ido acumulando muchos colegas, muchos maestros, y muchas deudas. Aquí sólo puedo hacer un pequeño ademán para mencionar a las personas con las que me siento en deuda.

Pasé muchos años en la Universidad de Nueva York, y me beneficié enormemente de mis colegas. Ronald DWORKIN y Thomas NAGEL fueron para mí un modelo de discurso inteligente y reflexión normativa, y maestros maravillosos. David RICHARDS constituyó una fuente inagotable de ánimo. Francis KAMM nos mantuvo a todos en el buen camino intelectual. John FERREJOHN y Víctor FERRERES COMELLA me revelaron nuevos mundos para la comprensión de las cuestiones a las que me enfrento en estas páginas. Lewis KORNHAUSER siempre ha sido el amigo y colega perfecto, rebosando integridad, inteligencia y generosidad. Como Decano, John SEXTON siempre apoyó este proyecto, como todos mis demás proyectos.

Con frecuencia, Christopher EISGRUBER y yo nos completamos y mejoramos nuestras respectivas ideas y frases, y considero una gran suerte tenerlo como amigo y como co-autor. Tiene una capacidad extraordinaria y es un gran placer trabajar con él. Existe mucho terreno común entre mi pensamiento constitucional y el de DWORKIN y EISGRUBER, y he intentado indicar algunas de las orientaciones más específicas que he obtenido de su trabajo.

Mis colegas de la Universidad de Boston, que he visitado con frecuencia, se mostraron dispuestos a escuchar la presentación de mis trabajos en numerosas ocasiones. Sus comentarios astutos y estimulantes mejoraron mi comprensión de las materias que examinamos conjuntamente.

El Decano William POWERS y mis nuevos colegas y amigos de la Universidad de Texas me han recibido maravillosamente y me han inspirado para acabar este libro, finalmente. Me considero muy afortunado por haber encontrado un nuevo hogar académico tan admirable, y espero que este libro sea merecedor de ello.

Las ideas de este libro fueron expuestas en presentaciones formales en las Universidades de Fordham, Harvard, Berkeley, Michigan, Nueva York, Northwestern, Pennsylvania, Pomona College, Princeton, Texas y Yale. Mis ideas se han enriquecido enormemente gracias a los muchos y muy capaces académicos que honraron con su presencia el Coloquio sobre Teoría Constitucional que Chris EISGRUBER y yo dirigimos en la Universidad de Nueva York. Por su inspiración, provocación y los puntos de vista que expresaron en estos y otros contextos, incluyendo sus publicaciones, quiero destacar a las siguientes figuras, de entre las muchas de las que me he beneficiado: Bruce ACKERMAN, Akhil AMAR, Sotirios BARBER, Mitchell BERMAN, Robert BONE, Rebecca BROWN, Richard FALLON, Jim FLEMING, William FORBATH, Lawrence LESSIG, Sandy LEVINSON, Michael MCCONNELL, Frank MICHELMAN, Robert POST, Richard REVESZ, Frederick SCHAUER, Reva SIEGEL, Cass SUNSTEIN, Mark TUSHNET, Jeremy WALDRON y Ernest YOUNG. Muchas gracias a todos.

En su condición como ayudante de investigación, Josh GELLER fue de gran ayuda. En la misma condición, Ian FARELL y Forrest REYNOLDS, en un sentido casi físico, cargaron con el manuscrito y conmigo hasta la línea de meta, y les estoy profundamente agradecido por sus esfuerzos. Gavin LEWIS ha sido un editor erudito, sutil y paciente. La señora Susan ROBBINS se esmeró para rescatar con éxito el manuscrito de los demonios informáticos.

Algunas secciones de este libro (en ocasiones de considerable extensión) provienen de material publicado con anterioridad. El título en inglés de este libro («Justice in Plainclothes») deriva de un artículo publicado en la *Northwestern Law Review*, del que aquí se reproducen algunas partes¹. También me he basado en artículos que aparecieron en la *Fordham Law*

¹ «Justice in Plain Clothes: Reflections on the Thinness of Constitutional Law», 88 *Northwestern University Law Review* 410 (1993). Partes de este artículo se incluyen en la discusión sobre el déficit moral del derecho constitucional y la infra-aplicación judicial de la Constitución en los capítulos V, VI y VII.

*Review*², la *Harvard Law Review*³, la *New York University Law Review*⁴ y la *New York University Journal of Legislation and Public Policy*⁵. Los capítulos VIII y IX, así como una pequeña parte del capítulo X, derivan de dos trabajos que aparecieron en unas colecciones de ensayos publicados por Cambridge University Press⁶. Estoy agradecido a todas estas editoriales por su anterior colaboración editorial y, en su caso, por el permiso necesario para dar a mi trabajo una segunda vida.

Mi mujer, Jane COHEN, a quien dedico este libro, hizo posible este esfuerzo. Entre los muchos regalos que me ha hecho está la confianza y el coraje que me ha dado para ver terminado este proyecto. Su voluntad, energía, inteligencia y creatividad son maravillosas, y de todas ellas tomé prestado.

Y finalmente, mis padres. Su inquebrantable y profunda fidelidad a los principios de justicia ha sido una fuente de inspiración. Lamento que mi madre no llegó a vivir para poder ver realizada su ilusión por este libro, y soy feliz de que mi padre lo haya hecho.

Lawrence G. SAGER

² «The Betrayal of Judgment», 65 *Fordham Law Review* 1545 (1997). Se ha adaptado una parte de este ensayo para la discusión sobre las teorías «reticentes» en el capítulo IV.

³ «Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms,» 91 *Harvard Law Review* 1212 (1978). Se incluyen partes de este artículo en la discusión sobre la infra-aplicación en el capítulo VI.

⁴ «A Letter to the Supreme Court Regarding the Missing Argument in *Brzonkala v. Morrison*», 75 *New York University Law Review* 150 (2000). Se ha adaptado una parte de este ensayo para la discusión del capítulo VII sobre la infra-aplicación de la norma constitucional en cuanto a los remedios judiciales.

⁵ «Constitutional Justice», 6 *New York Journal of Legislation and Public Policy* 11 (2002-3). Se utiliza una versión adaptada de este ensayo para la crítica de Jeremy WALDRON en el capítulo X.

⁶ El capítulo VIII se basa en «The Domain of Constitutional Justice», en *Constitutionalism-Philosophical Foundations* (Larry Alexander ed., Cambridge University Press 1998). El capítulo IX y una pequeña parte del Capítulo 10 derivan de «The Birth Logic of a Democratic Constitution», en *Constitutional Culture and Democratic Rule* (John Ferejohn, Jack N. Rakove, y Jonathan Riley eds., Cambridge University Press 2003).